

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Cádiz

Sección: 5

Nº de Resolución: 1061/2020

Fecha de Resolución: 23/10/2020

Nº de Recurso: 288/2020

Jurisdicción: Civil

Ponente: CARLOS ERCILLA LABARTA

Procedimiento: Civil

Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz

S E N T E N C I A nº : 1061 / 2020

Juzgado de Primera Instancia DIRECCION000 nº 3

Procedimiento Guarda y Custodia de Menores

Rollo de Apelación núm 288

Año: 2020

En la ciudad de Cádiz a día 23 de Octubre del 2020

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio sobre Guarda y Custodia de Menores, en el que figura como parte apelante XXX, representado por la Procuradora Sra. XXX y

parte apelada XXX representada por la Procuradora Sra.XXX, asistida por el Abogado Sr.XXX; habiendo intervenido el MINISTERIO FISCAL; actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado XXX.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de DIRECCION000, se dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2019 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " Que, estimando la demanda de régimen de visitas, guarda y custodia y alimentos interpuesta por el Procurador de los tribunales XXX, en nombre y representación de Natividad contra Carmelo representado por XXX siendo parte el Ministerio Fiscal, se acuerdan las siguientes medidas:

-PATRIA POTESTAD. - Deberá ser ejercida por ambos progenitores.

-GUARDA Y CUSTODIA.- Se fija el régimen de custodia COMPARTIDA, en régimen semanal alterno y que se llevará a cabo:

El Padre tendrá al hijo menor en su compañía en semanas alternas, desde el lunes a la recogida del colegio hasta el Domingo a las 20:00 horas, en que lo reintegrará al domicilio materno. Durante los periodos de vacaciones se suspenderá el mismo repartiéndose las vacaciones entre ambos progenitores por mitad:

Sin embargo, este régimen no rige en los períodos vacacionales en los que se establece lo siguiente; En cuanto a los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa, Semana Blanca y Verano se distribuyen por mitad así:

A)Navidad: desde el primer día a la salida del colegio o instituto (para cuando vaya) hasta las 20 horas del día 30 de diciembre y desde ese día y hora hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior a cuando se reanuden las clases.

B) Semana Santa: desde el Viernes de Dolores a la salida del colegio o instituto (para cuando vayan) hasta las 20 horas del Miércoles Santo y desde ese día y hora hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección.

C)Semana Blanca: desde el Viernes a la salida del colegio o instituto (para cuando vayan) hasta las 20 horas del Miércoles y desde ese día y hora hasta las 20 horas del Domingo previo a la reanudación de las clases.

D)Verano:

Primer período -Desde el día siguiente a que finalice el colegio hasta el 1 de julio a las 20 horas. -Desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas. -Desde el día 15 de agosto a las 20 horas al día 31 de agosto a las 20 horas.

Segundo período -Desde el 1 de julio a las 20 horas al 15 de julio a las 20 horas, -Desde el 31 de julio a las 20 horas al 15 de agosto a las 20 horas. - Desde el 31 de agosto a las 20 horas al día anterior al comienzo del colegio a las 18 horas.

Durante los períodos de vacaciones de Verano, Navidad, Semana Santa y Semana Blanca se interrumpe el régimen de guarda y custodia compartida. En los períodos vacacionales en caso de desacuerdo al padre le corresponderá elegir el primer período en los años impares y a la madre en los años pares.

-Comunicación y viajes de los menores, el progenitor que en cada momento se encuentre con los menores deberá facilitar al otro la comunicación con los mismos.

-PENSION DE ALIMENTOS. - El establecimiento del citado régimen de custodia compartida conlleva a que cada progenitor sufrague y atienda los gastos de manutención que se originen cuando tenga en su compañía al hijo. Por lo que no se hace necesario establecer ninguna cuantía.

Respecto a los GASTOS EXTRAORDINARIOS, los mismos han de ser asumidos por mitad y al 50% entre ambos progenitores, y a fin de facilitar la forma de atender los gastos, los progenitores podrían ingresar el importe de 50 Euros mensuales cada uno de ellos, en la cuenta que a tal efecto se designe para atender los gastos del menor y en particular los extraordinarios, entendiéndose como tales:

Los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como los gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de salud de la Seguridad Social o seguro médico privado, o los gastos educativos no cubiertos por el sistema público de enseñanza, tales como material escolar y libros de texto al inicio del curso escolar, clases extraescolares o de apoyo, que sean estrictamente necesarias para la formación de los menores, siempre que medie previa consulta entre

ambos progenitores custodios sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial. Se incluyen aquí los gastos de idiomas y los referidos a la práctica de deportes.

2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de D. Carmelo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al Ilmo. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

1º.- Se plantea por el apelante la supresión del sistema de guarda y custodia compartida del menor señalado en la sentencia de instancia, solicitando la atribución en exclusiva de dicha guarda a la madre y manteniendo él, tan solo un régimen de visitas y estancias. Llama la atención dicho recurso, pues en la generalidad de los supuestos lo que se pretende por el progenitor no custodio es que se amplíe el régimen de estancias, y en definitiva, si es posible, la fijación de una guarda compartida, mientras que en el presente caso, es justo al contrario, en que establecida la guarda compartida, es el progenitor no custodio, quien solicita se le atribuya esa guarda en exclusiva a la madre. Como punto de partida es preciso indicar que conforme a la STS de 27 de septiembre de 2011 , " La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE , cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los

casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala". Se opone el padre en esencia, alegando que vive en otra localidad y que su trabajo es incompatible con dicha guarda y custodia compartida. En relación a todo ello es preciso indicar que las partes con anterioridad ya tenían establecido un sistema de guarda y custodia muy amplio que se asemejaba a la guarda compartida, y así como indica el propio apelante en su contestación a la demanda, el mismo "pasa con el menor por periodos de semanas alternos desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del colegio, y esa misma semana pasa desde el jueves a la salida del colegio al sábado por la mañana a las 12.00 horas, que lo reintegra al domicilio de la madre.". Partiendo de lo anterior, el hecho de ampliar la guarda unos días mas, en principio no debe resultar excesivo, ni imposible, debiendo tener en cuenta que todo ello redundaría en beneficio del menor, y si bien el trabajo del padre es en DIRECCION001., mientras que el menor vive en DIRECCION000 donde está escolarizado, la distancia entre ambas localidades es de unos 30 km, una media hora, lo cual no es excesivo, y en cuanto al hecho de que el padre viva en DIRECCION001., en un piso con otros cuatro compañeros, ello no es sino una mera residencia temporal, pues su madre vive en DIRECCION000, y como indica la apelada, por el precio que abona en DIRECCION001 por un piso compartido, podría alquilar un piso en exclusividad en DIRECCION000. En relación al cuidado del menor, en los momentos en que tenga que estar trabajando el padre, como indica la sentencia de instancia, el niño permanecerá bajo el cuidado de abuela paterna, "que a pesar de tener una discapacidad reconocida, la misma no le impide atender a su nieto el tiempo que es necesario mientras el padre está trabajando", como reconoce el propio padre. Es preciso también indicar que el hecho de ser padre supone una serie de sacrificios en beneficio de la prole, sacrificios que deben asumir ambos progenitores y no descansar en el otro progenitor, pues dada la situación actual, generalmente ambos progenitores trabajan, ambos tienen problemas para compaginar su trabajo con el cuidado de los hijos, y deben acudir en muchos casos al auxilio de terceros, bien familiares bien ajenos, pero siempre en beneficio de los hijos.

2º.- Partiendo de lo anterior, en relación a la guarda y custodia compartida es doctrina general y actual, la establecida por el TS, entre otras en la STS de 18 noviembre 2014 con cita de la de 29 de abril de 2013 , en la que se indica que "la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso

deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea". Debemos partir por tanto de que no es preciso señalar especiales circunstancias para que tal guarda y custodia compartida se pueda realizar, sino que será precisamente lo contrario en el sentido de que deberán ser las causas obstativas las que deberán acreditarse para denegar el sistema, siempre atendiendo a que se produzca el interés del menor, pues como indica la sentencia de 19 de julio de 2013 "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Como señala la STS de 22 julio 2011 "lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor", de donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. El mantenimiento de la guarda y custodia compartida, resulta sin duda la mejor solución para los menores por cuanto les permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación". Es de citar la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 que señala literalmente como ventajas o beneficios de la guarda y custodia compartida los siguientes: "a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación etc.; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de

los padres frente a los hijos; d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.". En consecuencia, no existiendo en el presente supuesto circunstancias especiales que desaconsejen o impidan la aplicación de dicho sistema o que acrediten que no sea adecuado para el mismo, y acreditándose por el contrario, como refiere la sentencia recurrida, que "se evidencia que ambos progenitores cumplen las citada condiciones y presentan habilidades suficiente, estando plenamente capacitados para cuidar del menor, además ambos tienen vínculos afectivos fuertes con el hijo y este con ellos y que se han implicado en su cuidado", son datos suficientes para entender correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia, en cuanto señala una guarda y custodia compartida del hijo menor en favor de ambos padres, por todo lo cual es procedente la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Carmelo contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de DIRECCION000 en los autos de que este rollo trae causa, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

